

担保保存義務に関する一考察

——沿革的・比較法的考察（一一）——

辻 博 明

一 はじめに——問題設定

二 ローマ法

(1) 保証制度の「推移」——担保保存義務制度の視点から

(2) 担保保存義務制度の「起源」とその継受——問題点の整理

三 フランス法

(1) フランス古法——ポティエの主張を中心に（以上本誌六一巻一号）

(2) 立法趣旨

(3) フランス民法——制度の本質、要件・効果（現行二三・四条）、近時の変化（以上本誌六一巻二号）

四 ドイツ法

(1) ドイツ民法典成立前の概要

(2) 立法趣旨（以上本誌六一巻一号）

(3) ドイツ民法——制度の本質、要件・効果

① 制度の本質

(i) 制度趣旨・法的構成（以上本誌六一巻二号）

(ii) 免責対象者

② 免責の要件

③ 効果

④ 整理・検討——フランス法との比較（以上本誌六一巻四号）

五 スイス債務法

- (1) 旧法における議論の概要——義務の位置付け・範囲、要件・効果、共同保証をめぐる問題
(以上本誌六三卷一号)

立法趣旨

(以上本誌六三卷二号)

- (3) (2) スイス債務法(一九四一年法)——債権者の保証人に対する注意義務の拡大・強化、義務の性質、担保保存

義務、共同保証をめぐる問題

- ① 債権者の注意義務——保証人に対する注意義務の性質・拡大・強化 (以上本誌六三卷四号)

- ② 債権者の担保保存義務——五〇三条一項の意義、要件・有力説の主張、効果

- ③ 共同保証をめぐる問題——四九七条三項の特則、特約、錯誤等

- ④ 整理・検討 (以上本誌六四卷一号)

六 オーストリア民法

立法趣旨

(以上本誌六四卷二号)

- (2) (1) オーストリア民法——債権者の保証人に対する注意義務の拡大・強化、義務の性質、債権者の懈怠、物的

担保の放棄、共同保証をめぐる問題

- ① 債権者の注意義務——保証人に対する注意義務の性質・拡大・強化、消費者保護・銀行の守秘義務

- ② 債権者の注意義務の現れ・根拠——債権の取立上の懈怠

- (a) 債権の取立上の懈怠(二三六四条)、担保設定請求権、賠償、要件・効果、争点(義務の性質等)

- (b) 小括

(以上本号)

六 オーストリア民法

(2) オーストリア民法——債権者の保証人に対する注意義務の拡大・強化、義務の性質、債権者の懈怠、物的担保の放棄、共同保証をめぐる問題

① 債権者の注意義務——保証人に対する注意義務の性質・拡大・強化、消費者保護・銀行の守秘義務

保証人に対する債権者の注意義務の存在は、すでにこれから認識されている。もともと、保証人は、通常、自己の利益を自ら守らなければならない。したがって、債権者は、保証契約の締結において、主たる債務者の財産関係の悪化等のような保証引受と関連する危険について、原則として、保証人に説明する義務を負わない。銀行（債権者）は、保証債務の範囲が分かるように、保証人に保証関係書類を一読させれば足りる。ただし例外的に、債権者が「警告義務」を負う場合があると解されている。債権者が、主たる債務者の支払不能や経済的破綻が差し迫っていることをすでに知りつつ、第三者による担保によってさらに貸付けをする場合（なお、主たる債務者の資力の悪化についての単なる認識可能性だけでは、債権者の義務は根拠づけられない（ただし、消費者保護法（KSchG）二五条cの場合を除く（後述））、主たる債務者が貸付けを返済できる見込みがほとんどないことを債権者が知っている場合、債権者が、保証人にとってその他特に危険な状況を認識すべきであり、保証人が主たる債務者に迫る危険な状況について何も知らないことを認識しまたは認識すべきであった場合、債権者（銀行）が保証の実情（すでに困難な状況にある旧融資の担保）を知っていたが沈黙することによって誤った（新たな融資の）外観を生じる場合等である⁽¹⁾。

債権者が銀行取引を行う権限を有する金融機関においては、契約締結前の段階およびその存続中についても、銀

行の秘密保持（銀行法三八条）と保証人に対する説明義務との対立関係が問題となる。債務者が保証の引受けを承諾し銀行が自ら保証人を指名した場合でも、これによって直ちに、主たる債務者が自己の厳しい財産関係を保証人に開示することを承諾したとはいえない。ただし、保証人が危険となる特別な場合においては、銀行の主たる債務者に対する「守秘義務」は、保証人に対する警告義務及び説明義務に対して後退する。そこでは、銀行の防衛権及び開示を拒否する顧客の権利濫用が認められる（実務）。また、主たる債務者が保証の引受けを承諾した場合、銀行の秘密からの明示的な解放がそこに見いだされる。銀行の秘密よりも民事法上の説明義務を優先させることは、銀行の通常の取引安全から求められる結果であるとする主張がある（有力説）。なお、情報提供義務が守秘義務と対立するならば、銀行は、場合によっては、保証による貸付けの担保を断念しなければならない。この意味において、銀行の情報提供義務は守秘義務よりも重要である（異なる主張あり）。なお、保証引受人に対する警告義務から、直ちに、併存する債務者の経済状態の悪化による主たる債務者に対する警告義務を導き出すことはできない⁽²⁾。

消費者が保証契約等の当事者の場合、情報提供義務によるその保護が問題となる。消費者が共同債務者・保証人または損害担保者として債務に加わる場合、債権者は、債務者が弁済しないまたは完済しないおそれがあることを認識しまたは認識しなければならぬときは、保証人に債務者の経済状態を指摘しなければならない（消費者保護法（KSchG）二五条c）。債務者が債務を弁済しないまたは完済しないおそれがあることを信用供与者が認識しなければならぬ場合、説明義務は、すでにその時点において発生している。この問題は、通常は、事例において個別に判断される。債権者は、保証引受人が債務者の経済状態を知っている場合でも、その状況を指摘しなければならぬ（同法二五条a、同条bに関する債権者の義務をめぐる議論は後述⁽²⁾a⁽³⁾）。

次に、債権者は、保証契約締結後においても、保証人に対して様々な注意義務を負う。その明文規定として、一三五六条（最終不足額支払保証人等に対する請求と債権者の懈怠等）、一三六〇条（債権者による物的担保の放棄）、一三

六二条（求償保証人に対する注意義務）、一三六四条（債権の取立てにおける債権者の懈怠）等が設けられている。もっとも、これらの規定は、研究の展開によって、債権者が保証人に対して負う「包括的（一般的）」注意義務の根拠と解されている。一三六四条によると、保証人は、債権者が弁済を請求しなかった場合においても、主たる債務の弁済期の経過によって免責されない。ただし、債権者は、債権の取立てを怠ったことによって保証人が損害を負う限りに於いて、保証人に対して責めを負うとされる。債権者は、保証人の求償権を確保するために、適切なすべての措置を講じなければならないと解される（通知・監督・情報提供等）（後述②(a)）。また、一三六〇条によると、債権者は、保証人の不利益に物的担保を放棄する権限を有しないとされる。したがって、債権者は、保証人の求償権を確保する物的担保を保存する義務も負っていると解される（後述③）。以上のような債権者の（普通）保証人に対する注意義務に関する議論は、最終不足額支払保証人（Ausfallsbürge）（債権者が主たる債務者から債権を回収できない場合にのみ責めを負う保証人）についても妥当する。債権者は、最終不足額支払保証人に対して請求する前に、すべての可能な措置を講じなければならない。債権者がその注意義務に違反した場合（破産手続における届出・物的担保の獲得の懈怠等）、最終不足額支払保証人は免責される（一三五六条（一方、一三六四条による保証人の救済は抗弁の主張による。）⁽⁵⁾）。また、債権者の保証人に対する注意義務は、一三六二条によって、保証人と求償保証人との関係にも拡張される。求償保証人は、主たる保証人が自己の帰責事由によらずに損害を受けた場合にのみ、責めを負う。主たる保証人をめぐる典型的な注意義務違反（求償債権の回収を怠ったこと等）だけでなく、主たる保証人のその他すべての帰責事由（債務者の監督が不十分であったこと等）も考慮される（なお、証明責任は求償保証人が負う⁽⁶⁾）。なお、債権者の保証人に対する義務の性質については、それは法的義務であり、その義務違反によって損害賠償義務が生じるとする主張がある（この主張によると、保証人は相殺によって債務を免れる）。これに対して、それはオプブリーゲンハイト（Obliegenheit）であり、その違反によって保証請求権の失効ないし一部失効が生じるとする主張がある（争

点) (一三六四条における債権者の義務違反の効果を中心に議論がある (後述⁽⁷⁾②))。

② 債権者の注意義務の現れ・根拠——債権の取立上の懈怠

(a) 債権の取立上の懈怠 (一三六四条、担保設定請求権、賠償、要件・効果、争点 (義務の性質等))

一三六四条は、「保証人は、債権者が弁済を請求しなかった場合においても、債務者の弁済期の経過によって、免責されない。ただし、保証人は、債務者の同意を得て保証した場合には、債務者に担保の提供を請求する権限を有する。債権者も、債権の取立てを怠ったことによって保証人が損害を負う限りにおいて、保証人に対して責めを負う。」と規定する。

債権者が、債務の弁済期後に、その履行を請求しなかった場合でも、保証責任は消滅しない旨を明記する点に、一三六四条の意義がある。しかしそれでは、保証人はその責任を免れることができず、債権者にその債権の取立てを義務付けることも、主たる債務者に債務の弁済を求めることもできない。もともと、債権者の債権の取立てにおける懈怠、及び債務者の弁済における懈怠が保証人の求償権を侵害するおそれがあるため、保証人の保護を講じる必要がある。そこでまず、懈怠のある「主たる債務者」に対しては、保証人に担保設定請求権を認め (同条一文)、さらに、懈怠のある「債権者」に対しては、その懈怠によって保証人が受けた損害について、債権者に責めを負わせることができる (同条二文)、とされる。

まず、保証人の主たる債務者に対する「担保設定請求権」 (同条一文) は、主たる債務が弁済期にあること、保証が主たる債務者の同意を得てなされていること (その場合の保証人は債務者との間に法律関係がすでにある。) が要件となる (なお、設定される担保はまずは物的担保、やむを得ない場合には保証による (一三七三条、一三七四条))。もともと、主たる債務者が保証人をその債務から解放すれば (主たる債務者が債務を弁済するか、債権者に保証人を免責させ

ることができれば）、その請求を充たす。なお、担保設定請求権は、保証責任の補充性とは関係しないとして、連帯保証人にも認められると解されており（ただし反対説がある⁽⁸⁾）、損害担保者等にも類推適用を認める解釈が展開されている⁽⁹⁾。

さらに、懈怠のある債権者に対する保証人の保護が講じられている。保証人は、債権者が債務の弁済期後にその履行を請求しなかった場合でも、その責任を免れることができない（一三六四条一文）。しかも、保証人は、債権者にその債権の取立てを求めることもできない。しかし、債権者による債権の取立てにおいて懈怠があれば、保証人が求償権を侵害される場合があるため、保証人の求償権を確保する必要がある。そこで、債権者は、債権の取立てにおける懈怠によって保証人がその求償権を侵害される限りにおいて、その懈怠について責めを負う（同条二文）、と規定される。この規定の内容は、その定め単独ではなく、一三五三条（保証債務の範囲）・一三五六条（最終不足額支払保証人等に対する請求と債権者の懈怠等）・一三六〇条（債権者による物的担保の放棄）・一三六二条（求償保証人に対する注意義務）・一三六三条二文（共同保証人の免除）の内容を考慮して解さなければならない。この規定は、債権者が保証人に対して負う「包括的（一般的）」注意義務の根拠の一つであり、債権者と保証人との法的関係について法が規準とする原則の「現れ」であると解されている。この原則によると、債権者には、保証人に対する注意義務が課される（義務の性質は争点（後述））。したがって、債権者は、主たる債務者からの債権回収に力を尽くし、保証人に対してはできれば全く請求しないで済むようにしなければならない。この注意義務は、保証の引受けがなされた時から債権者に課される。債権者の行為によって保証人の求償が妨げられる場合には、債権者は保証人に対して責めを負う。したがって、債権者は、保証人の求償権を保全するために、すべての措置を講じなければならない。また、一定の場合には、主たる債務者に対する権利の保全または訴求のための措置を講じなければならない。被担保債権に予想外の重要な変化があるような場合には、その情報の開示・説明を要する（担保が不足しているにも関わ

らず貸付けがなされたような場合にも同様の問題が生じるが、この場合には一三六四条と関連する一三六〇条（債権者による物的担保の放棄）・一三六三条（共同保証人の免除）も考慮される（後述③④¹⁰）。

債権の取立てにおける「懈怠」によって、保証人は免責されないが、保証人が受けた損害について、債権者は責めを負わなければならない（一三六四条二文）。債権者の懈怠は、債権の取立てについて遅滞がある場合に存在するが、この場合に、債権者に帰責事由のあることを要するとする説と、これに対して、客観的な遅滞の事実で足りるとする説があり議論のあるところである（争点¹¹）。債権者の債権の取立てにおける懈怠は、債権者の不作為だけではなく、作為においても見られる。後説によれば、債権者が訴求しない旨の合意や主たる債務者に対する支払期間の許与も問題となる¹²。したがって、債務者または保証人に対する債権者の債権の取立てにおける「懈怠」があること、保証人に「損害」が発生していること（債権の取立ての懈怠の間に主たる債務者が支払不能となり保証人の求償権が侵害されたこと）、その損害が債権者の債権の取立てにおける懈怠によるものであること（「因果関係」）、を要する（要件¹³）。

債権者に懈怠のある場合、保証人はこれによってその責めを免れず、たとえ主たる債務者に対する求償が侵害されまたは不成功に終わったとしても、免責されない。ただし、この場合、債権者は、債権者の懈怠によって求償において被った損害について保証人に対して責めを負う（「損害賠償請求権」・効果）。主たる債務者が債務の弁済期の時点では弁済することができたであろうが、現時点では資力を失っており、主たる債務者に対する求償が不成功に終わるような場合には、債権者は責めを負わなければならない¹⁴。債権者から訴えを提起された場合、保証人は、それに対して債権者に対する損害賠償請求権を「抗弁」として主張し、その損害賠償請求権と債権者の有する債権とを相殺することができる（債権者が保証人に訴求した時点においてすでに、主たる債務者が支払不能に陥っており保証人の求償が不成功に終わることが確定しているような場合）。また、保証人は、債権者に対して損害賠償請求の訴えを提

起することができる（損害が事後に判明するような場合⁽¹⁵⁾）。債権者が懈怠したことの証明責任は、保証人が負う。また、主たる債務者は債権者による遅滞がなければ弁済していたであろうこと、債権者による保証人への適時の請求がなされていれば保証人の求償権は効を奏したであろうこと（因果関係）の証明責任は、保証人が負う⁽¹⁶⁾。なお、保証人が債務者の資力が悪化していることを知っているにも関わらず、主たる債務者に担保の設定を請求せず弁済もしない場合に、それによって求償の見込みが減少するときは、保証人も懈怠があった旨の抗弁を受けることになる。これは、誠実な取引を行う原則と損害軽減の要請から生じる。両抗弁が対等の場合には、均等に負担される⁽¹⁷⁾。

なお、ここでの義務の「性質」については議論がある。懈怠のある債権者には法的義務の違反があり、それによって損害賠償義務を負うとする主張（有力多数）と、オプリーゲンハイト（*Obliegenheit*）違反によって、直ちに（相殺を経ずに）保証請求権の失効ないし一部失効が生じるとする主張がある（争点）。もっとも、債権者の帰責性を原則として要件とするならば、債権者には単にオプリーゲンハイトだけではなく真正の法的義務が課されていることがそこから推論される⁽¹⁸⁾。

懈怠のある債権者に対する保証人の保護が連帯保証人にも認められるかについては、議論がある（肯定説が多数⁽¹⁹⁾、否定説として *Geschnitzer* 等⁽²⁰⁾）。連帯保証人は第一次的に責めを負っているところ、第三者の債務を保証していることにおいては、普通保証人と同様であり、債権者の懈怠に対する保護において差異を設けるべきでないとする主張がある（肯定説）。さらに、損害担保者・物的担保を提供する第三者・担保目的の共同債務者等にも類推適用される方向にある⁽²¹⁾。

債権者に対する保証人の「情報請求権」は規定されていない。しかし、保証人が情報提供を必要とする場合がある。特に、金額が未確定の貸付けの保証、将来の社会保険料の保証、損害賠償債務等の保証においては、その範囲・弁済期・被保証債権に関するその他の事情（利息額・支払不能（主たる債務者の同意を得てなされた保証の場合））につい

ての情報提供を必要とする。情報請求権は、弁済前においては、一三六六条（被保証取引の終了における計算請求権）の拡張解釈（同条からその終了前における保証債務額の開示請求権等の導入）によって、また、一三六四条から導き出される。さらに、一三五八条二文（弁済を受けた債権者による債務証書等及び担保等の弁済者への引渡義務）は、弁済後における保証人の債権者に対する情報請求権の根拠と解される。これは銀行の守秘義務（銀行法三八条）に反しない。⁽²²⁾

消費者が事業者（消費者保護法二五条a（貸付けの供与・媒介を業務とする事業者）から供与された貸付けの保証人または損害担保者で、主たる債務者が遅滞にある場合、債権者は保証人に相当の期間内にその旨を通知しなければならない（同法二五条b二項一文）。主たる債務者の遅滞が短期間の場合には、債権者は対応する必要はない。ただし、遅滞の効果が生じるに至ったときは直ちに、債権者は通知しなければならない。債権者がその通知を怠る場合には、債権者が主たる債務者の遅滞を知ってから消費者自身が遅滞に陥るまでに生じる利息及び諸費用に対して、消費者は債権者に対して責めを負わない（同法二五条b二項二文）。これによって、保証人等は利息及び諸費用をめる債務の増加から保護される。なお、同条b以外の場合においても、債権者は、保証人に対するその注意義務に基づいて、債務者の遅滞及び支払不能が迫っていることを、保証人がそのことについて知らず、そのため一三六四条一文によって債務者に対して担保設定請求権を行使しないことが予想されるときは、保証人に通知しなければならない。もつとも、主たる債務者の遅滞に関する債権者の通知義務は、契約条項において免除することができる（同法二五条b二項以外の場合）。ただし、保証人が主たる債務者に対しても情報請求権を行使できない場合、またはその行使に不当な困難を伴う場合には、八七九条三項（良俗違反等による不当条項）が問題となる。⁽²³⁾

(b) 小 括

まず、オーストリア民法において、債権者の保証人に対する注意義務について問題となっているのは、債権者の注意義務の存在である。保証人に対する債権者の注意義務の「存在」は、学説の議論を起点としてすでに認識され

ている（ドイツ法においては控えめな姿勢（理論構成）が見られる（もともと信義則による債権者の注意義務の展開がある）（先述四③①(i)）。債権者は、保証契約の締結において、主たる債務者の支払不能や経済的破綻が差し迫っていることをすでに知りつつ、担保を受けることを当てにしてさらに貸付けをするような場合には、保証人に説明・警告する義務を負うとされる（なお、消費者が保証を引き受ける場合に、債権者は債務者が弁済しないまたは完済しないおそれがあることを認識しまたは認識しなければならないときは、保証人に債務者の経済状態を指摘しなければならない（消費者保護法二五条c））。一方、金融機関においては、その秘密保持（銀行法三八条）と保証人に対する説明義務との対立関係が問題となるが、保証人が危険となる特別な場合においては、銀行の主たる債務者に対する「守秘義務」は、保証人に対する警告義務及び説明義務に対して後退する。債権者は、保証契約締結後においても、保証人に対して様々な注意義務を負っており、その旨の規定がある（一三五六条（最終不足額支払保証人等に対する請求と債権者の懈怠等）、一三六〇条（債権者による物的担保の放棄）、一三六二条（求償保証人に対する注意義務）、一三六四条（債権の取立てにおける債権者の懈怠）等）。オーストリア民法においては、これらの規定は、債権者が保証人に対して負う「包括的（一般的）」注意義務の根拠と解されている。債権者の（普通）保証人に対する注意義務に関する議論は、最終不足額支払保証人及び求償保証人との関係にも拡張されている。債権者の保証人に対する義務の「性質」については、それは法的義務であり、その義務違反によって損害賠償義務が生じるとする主張に対して、それはオプブリーゲンハイト（Obliegenheit）であり、その違反によって保証請求権の失効ないし一部失効が生じるとする主張がある（争点（一二六四条等））。

次に、債権者の保証人に対する注意義務に関する規定の中でも、特に深い議論の展開が見られるのは、一三六四条（債権の取立てにおける債権者の懈怠）についてである。一三六四条は、立法過程における議論（先述①）を受けて、債権者が、債務の弁済期後に、その履行を請求しなかった場合でも、保証責任は消滅しない旨を明記する一方

で、「債務者」の弁済及び「債権者」の債権の取立てにおける懈怠が保証人の求償権を侵害する場合があるため、懈怠のある主たる債務者に対しては、保証人に「担保設定請求権」を認め（同条一文）、懈怠のある債権者に対しては、その懈怠によって保証人が受けた損害について、債権者に「責め」を負わせることができる（同条二文）とし、保証人の保護を講じている。この規定は、債権者が保証人に対して負う「包括的（一般的）」注意義務の根拠の一つであり、債権者と保証人との法的関係について法が標準とする原則の「現れ」であると解されている。債権者は、保証人の求償権を保全するために、適切なすべての措置を講じなければならない。担保が不足しているにも関わらず貸付けがなされたような場合には、一三六〇条（債権者による物的担保の放棄）・一三六三条（一共同保証人の免除）も考慮される（両条は一三六四条と根底において関連）。その「要件」（一三六四条二文）は、債務者または保証人に対する債権者の債権の取立てにおける「懈怠」があること、保証人に「損害」が発生していること（債権の取立ての懈怠の間に主たる債務者が支払不能となり保証人の求償権が侵害されたこと）、その損害が債権者の債権の取立てにおける懈怠によるものであること（因果関係）、である。その「効果」は、損害賠償請求権の発生と解されている（争点）（もつとも、一三六四条二文をめぐる義務の「性質」については議論があり、債権者による法的義務違反によって損害賠償責任が生じるとする主張（有力多数）と、オプリーゲンハイト（*Obliegenheit*）違反によって、直ちに保証請求権の失効ないし一部失効が生じるとする主張がある。債権者の帰責性を原則として要件とする説によれば、債権者には単にオプリーゲンハイトだけではなく真正の法的義務が課されていると解され、義務の性質と要件とが連動する）。懈怠のある債権者に対する保証人の保護が連帯保証人にも認められるかについても議論があるが、連帯保証人も第三者の債務を保証しているという点を考慮するならば、普通保証人と同様の保護が与えられると解される。なお、損害担保者・物的担保を提供する第三者・担保目的の共同債務者等にも類推適用される方向にある。情報請求権は、弁済前においては、一三六六条の拡張解釈、一三六四条から導き出され、一三五八条二文は、弁済後における保証人の債権者に対

する情報請求権の根拠と解される。消費者が事業者（消費者保護法二五条a）から供与された貸付けの保証人または損害担保者で、主たる債務者が遅滞にある場合、債権者は保証人に相当の期間内にその旨を通知しなければならぬ（同法二五条b二項一文）。これによって、保証人等は利息及び諸費用をめぐる債務の増加から保護される。

- (1) Riedler, Zivilrecht II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4., Auflage, 2010, SS. 247-248 ; Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Peter Rummel, 3., neubearbeitete und erweiterte Auflage, 2. Band, 2002, Vor § 1360 Rz 1f (=Gamerith in Rummel) ; Kurzkommentar zum ABGB, herausgegeben von Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger, 4., überarbeitete Auflage, 2014, § 1346 Rz 19f (=P. Bydlinski in Kurzkommentar) ; Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, auf Grundlage der von Helmut Koziol und Rudolf Welser gemeinsam herausgegebenen 1.-10. Auflage, bearbeitet von Rudolf Welser, 13., neubearbeitete Auflage, 2007, S. 147 (=Koziol-Welser), 544, 保証人の責任の範囲とその支払能力との間に大きな隔たりがあること、保証債務の引受けに際して保証人の意思の自由が制限されていること（親の借金の保証を引き受けさせられる者（例・未成年者）の心理的に追いつめられた状況や債権者が危険性を実際より軽く見せかける行為）、債権者がこれらの事情について知らなかったことなどによって少なからず過失がある場合、保証債務が「信義則」違反と解される可能性がある（Riedler, a. O., S. 248）。
- (2) Gamerith in Rummel Vor § 1360 Rz 3.
- (3) Gamerith in Rummel Vor § 1360 Rz 3.
- (4) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Heinrich Klang, 4. Band, 1935, § 1364 II 1 (=Olmeyer in Klang) ; Dullinger, Bürgerliches Recht II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3., aktualisierte Auflage, 2008, 6/30 ; P. Bydlinski in Kurzkommentar, § 1364 Rz 4 ; Gamerith in Rummel Vor § 1360 Rz 4.
- (5) Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2., neubearbeitete Auflage, von Christoph Faistenberger, Heinz Barta und Bernhard Eccher, 1991, S. 274 ; Dullinger, a. O., 6/33 ; Gamerith in Rummel § 1362 Rz 4.
- (6) Gschnitzer, a. O., S. 274 ; Dullinger, a. O., 6/33 ; Gamerith in Rummel § 1362 Rz 1f.
- (7) System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, zuletzt bearbeitet von Armin Ehrenzweig und Adolf Ehrenzweig, 3., vollkommen neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2. Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine

- Lehren bearbeitet von Heinrich Mayrhofer, 1986, SS, 20, 224 (=Ehrenzweig); P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1364 Rz 3.
- (80) Gschnitzer, a. a. O., S. 274.
- (81) Ohmeyer in Klang, § 1364 I; Gamerith in Rummel § 1364 Rz 14; Koziol-Welser, a. a. O., SS, 150-152; Dullinger, a. a. O., 6/37. 保証人は主たる債務者の遅滞を知っている場合にのみ担保請求権(一二三四条一文)を行使できたため、その情報提供の問題である(P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1364 Rz 14)。
- (10) Ohmeyer in Klang, § 1364 II 1; Gamerith in Rummel § 1364 Rz 3; Dullinger, a. a. O., 6/30; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1364 Rz 4.
- (11) 要件とする説が有力化(Gamerith in Rummel § 1364 Rz 36)°。他方、客観的な遅滞に足りることを説(Ohmeyer等)も見られ(Ohmeyer in Klang, § 1364 II 2)°。
- (12) Ohmeyer in Klang, § 1364 II 2. なお、債権者が主たる債務者の反対債権と相殺せずに、保証人による担保を当として弁済する場合には、注意義務違反に該当する(Gamerith in Rummel § 1364 Rz 3)°。
- (13) Gamerith in Rummel § 1364 Rz 3; Ohmeyer in Klang, § 1364 II 2; Koziol-Welser, a. a. O., S. 152.
- (14) Ohmeyer in Klang, § 1364 II 2; Riedler, a. a. O., S. 248; Dullinger, a. a. O., 6/30.
- (15) Ohmeyer in Klang, § 1364 II 3; Gamerith in Rummel § 1364 Rz 5; Koziol-Welser, a. a. O., S. 152; Gschnitzer, a. a. O., S. 274.
- (16) Gamerith in Rummel § 1364 Rz 4; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1364 Rz 3; Ohmeyer in Klang, § 1364 II 1.
- (17) Ehrenzweig, a. a. O., S. 133; Gamerith in Rummel § 1364 Rz 4.
- (18) Ehrenzweig, a. a. O., S. 133; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1364 Rz 3; Gamerith in Rummel § 1364 Rz 3.
- (19) Ohmeyer in Klang, § 1364 II 4; Koziol-Welser, a. a. O., S. 152; Gamerith in Rummel § 1364 Rz 6; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1364 Rz 5.
- (20) Gschnitzer, a. a. O., S. 274.
- (21) Gamerith in Rummel § 1364 Rz 6; Ehrenzweig, a. a. O., SS, 133, 151; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1364 Rz 5.
- (22) Gamerith in Rummel § 1364 Rz 7, § 1366 Rz 2f, § 1368 Rz 9, Vor § 1360 Rz4; P. Bydlnski in Kurzkomentar, § 1364 Rz 2.
- (23) Gamerith in Rummel § 1364 Rz 8f.